

ALLYRIO DE JESUS DIPP FILHO

**COMPETÊNCIA NORMATIVA DAS AGÊNCIAS
REGULADORAS**

CURITIBA

2004

ALLYRIO DE JESUS DIPP FILHO

**COMPETÊNCIA NORMATIVA DAS AGÊNCIAS
REGULADORAS**

**Monografia apresentada como requisito
parcial para a obtenção do grau de Bacharel
em Direito, no Curso de Direito da
Universidade Federal do Paraná.**

Orientador: Prof. Dr. Clèmerson Merlin Clève

CURITIBA

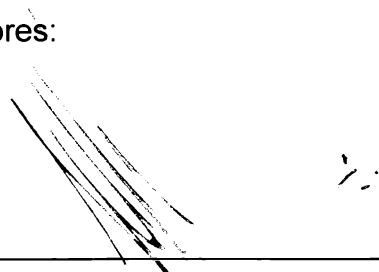
2004

TERMO DE APROVAÇÃO

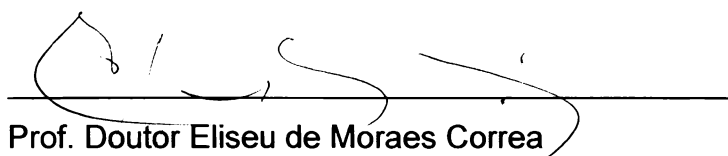
ALLYRIO DE JESUS DIPP FILHO

COMPETÊNCIA NORMATIVA DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

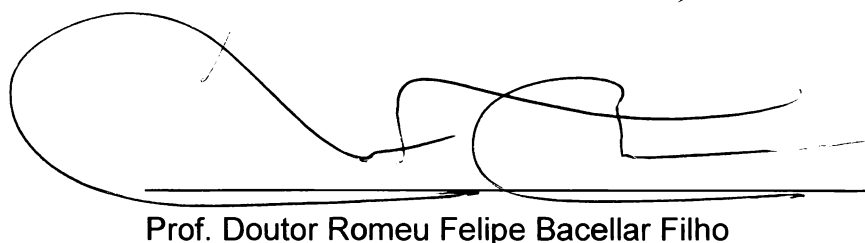
Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito, no Curso de Direito da Universidade Federal do Paraná, pela comissão formada pelos professores:



Orientador: Prof. Doutor Clèmerson Merlin Clève



Prof. Doutor Eliseu de Moraes Correa



Prof. Doutor Romeu Felipe Bacellar Filho

Curitiba, 20 de outubro de 2004.

À memória do meu pai, que tão cedo nos deixou, pelo exemplo de vida e por despertar em mim a paixão pelo Direito, e à minha mãe. exemplo de amor e dedicação.

Aos meus filhos, sonho de qualquer pai, e à minha mulher, sem a qual nada seria possível. Vocês valem qualquer sacrifício!

AGRADECIMENTOS

Ao Professor Clèmerson Merlin Clève, pelo exemplo de grande jurista e demonstração de humildade ao aceitar dispor de seu tempo para orientar os alunos de graduação, e, em particular, pela amizade.

Ao Eduardo, pelas críticas, sempre argutas, que me obrigam a estudar cada vez mais e por vezes rever minhas convicções.

À Maria Fernanda, cujo amor pelo Direito renovou minhas forças.

À Vera, minha mulher, pela compreensão com a inconveniência dos meus horários de estudo.

A todos os amigos que, com o mais simples dos gestos ou palavras, me incentivaram a continuar apesar das dificuldades.

A todos, meu mais sincero “muito obrigado”.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	1
2	O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA SEPARAÇÃO DOS PODERES	4
2.1	A noção de estado democrático de direito	4
2.2	O princípio da separação dos poderes.....	6
3	O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA LEGALIDADE	10
4	AS AGÊNCIAS REGULADORAS BRASILEIRAS	14
4.1	Antecedentes históricos	14
4.2	O estado regulador e as agências reguladoras	17
5	A COMPETÊNCIA NORMATIVA DAS AGÊNCIAS	22
5.1	Os regulamentos como atividade normativa secundária	22
5.2	Os limites da competência normativa das agências.....	28
5.3	A legitimação da competência normativa das agências.....	34
5.4	O projeto da nova lei geral das agências reguladoras.....	39
6	CONSIDERAÇÕES FINAIS	42
7	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	47

1 INTRODUÇÃO

A Administração Pública brasileira sofreu profundas mudanças a partir da adoção do denominado modelo gerencial de administração, baseado nos resultados do Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado. Neste plano, apresentado em novembro de 1995 pelo então Presidente da República Fernando Henrique Cardoso, o governo reconhecia a gradual deterioração dos serviços públicos, a qual creditava à crescente crise fiscal, e encontrava soluções num novo modelo de administração com ênfase na qualidade e produtividade.¹

Ainda que o país apresentasse uma das maiores cargas tributárias do planeta, os recursos arrecadados não se mostravam suficientes para a satisfação das necessidades cada vez maiores da sociedade e, dentre os principais meios empregados pelo governo para tentar corrigir a situação, foi acelerado o processo de privatização de empresas estatais e de concessão aos particulares de serviços até então prestados diretamente pelo Estado, e iniciada a Reforma do Aparelho do Estado, reforma esta que culminou com profundas mudanças na Administração Pública com a aprovação da Emenda Constitucional nº 19 de 4 de junho de 1988, a qual, entre outras medidas, constitucionalizou o princípio da eficiência.²

A delegação aos particulares da prestação de serviços públicos, bem como o afastamento do Estado de atividades econômicas concentradas em poucos grupos econômicos, que se tornaram verdadeiros monopólios privados, exigia daquele um melhor aparelhamento de controle. Neste contexto foram criadas as primeiras Agências Reguladoras que, em diversos outros países, haviam se mostrado como o instrumento mais apropriado para tais fins.

Criadas como autarquias especiais, as Agências foram dotadas de

¹ BRASÍLIA. Presidência da República. **Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br>, publicações (anteriores).

² Para Emerson GABARDO, a eficiência tornou-se princípio constitucional expresso através da Emenda Constitucional 19, mas “isto não implica asserir que a reforma introduziu uma novidade [...] o princípio já se detonava implícito”. Aduz, também, que “talvez o mais importante foco da atuação do princípio da eficiência seja justamente no controle da atividade econômica, mas é nesse *locus* que reside sua maior relevância, haja vista que o Estado Social contempla uma espécie de regime capitalista”. (**Eficiência e Legitimidade do Estado: uma análise das estruturas simbólicas do direito político**. Barueri, SP: Manole, 2003, p. 185).

autonomia e competência normativa como ferramentas indispensáveis para o cumprimento de suas funções com independência tanto técnica como administrativa. Dentre seus objetivos, um dos principais é garantir ao cidadão o fornecimento de serviços públicos³ e sua universalização com qualidade e com preços justos, respeitando, por outro lado, os legítimos interesses dos agentes econômicos privados que os fornecem almejando lucros para seus investimentos no exercício de atividades em substituição ao Estado. Observa-se, pois, que o objetivo constitucional a ser realizado pelas Agências é a ponderação do direito fundamental de todo cidadão a serviços públicos de qualidade e a preços justos, com o princípio da livre iniciativa.

A competência normativa de que são dotadas as Agências têm sido objeto de grande discussão doutrinária quanto à sua constitucionalidade e seus limites diante da interpretação dos princípios constitucionais da separação dos poderes e da legalidade.

Não menos importante é também a discussão doutrinária a respeito do nível de autonomia e independência de que são dotadas as agências nacionais já criadas, aparentemente isentas de controle político, com previsão legal de estabilidade de seus dirigentes com mandatos fixos que não coincidem com o do Presidente da República que os nomeou. Se, por um lado, defende-se esta autonomia e não-coincidência como necessárias para a realização dos fins constitucionais sem interferências de caráter político-partidárias, há quem questione existir uma usurpação de parte dos poderes constitucionais do Chefe de Governo, mormente na fixação de políticas públicas.

Tendo, as atuais Agências Nacionais, sido criadas durante os dois mandatos do Presidente Fernando Henrique Cardoso, a mudança do Governo, com a eleição

³ Em toda a monografia adotou-se a expressão “serviços públicos” como gênero, englobando as duas espécies, conforme ensinamento do professor Eros Roberto GRAU: “serviços públicos privativos”, cuja prestação “é privativa do Estado(União, Estado-membro ou Município), ainda que admitida a possibilidade de entidades do setor privado desenvolvê-los, apenas e tão-somente, contudo, em regime de concessão ou permissão (art. 175, CF/88)”, e “serviços públicos não privativos – aqueles que têm por substrato atividade econômica que tanto pode ser desenvolvida pelo Estado, enquanto serviço público, quanto pelo setor privado”. Entre estes últimos, são exemplos a prestação dos serviços de educação e saúde (**A Ordem Econômica na Constituição de 1988**, 4ª ed., Malheiros, São Paulo, 1998, p.144.).

do Presidente Luiz Inácio Lula da Silva, ampliou não apenas a discussão política como a jurídica sobre as mesmas, estando em tramitação no Congresso Nacional o Projeto de Lei nº 3337/2004, que propõe uma “Lei Geral das Agências Reguladoras”, alterando as leis específicas de criação de cada uma delas, visando, na ótica do atual Governo, permitir “tornar mais transparente, eficiente, socialmente controlado e legítimo o exercício da função reguladora por essas entidades”.⁴

Apesar da importância de todas as questões apontadas, nesta monografia de graduação delimitou-se o tema na competência normativa das Agências Reguladoras Brasileiras de abrangência nacional, aprofundando-se o estudo sobre os fundamentos e limites desta competência, bem como sua constitucionalidade diante dos princípios da separação de poderes e da legalidade, e os instrumentos de controle que legitimam sua atuação.

Optou-se por estruturar a obra em quatro capítulos: nos dois primeiros, busca-se estudar a interpretação hodierna dos princípios constitucionais da *separação dos poderes* e da *legalidade*; no terceiro capítulo, discorre-se sobre as Agências Reguladoras Brasileiras, com uma síntese dos antecedentes históricos, estudando seu papel como instrumento de regulação num Estado Regulador com modelo de administração gerencial; e, no quarto, procura-se estabelecer o objetivo principal do estudo, qual seja, os limites da competência normativa das Agências Reguladoras diante dos princípios constitucionais e da necessidade de realização dos fins estabelecidos na mesma Constituição, abordando-se ainda os instrumentos de sua legitimação. Destacou-se, ainda, no último capítulo, um breve estudo das alterações propostas no projeto de lei em tramitação e seus possíveis reflexos nos limites estudados. Conclui-se com uma síntese dos estudos desenvolvidos temperados com a visão pessoal que se espera ter obtido.

A metodologia escolhida foi essencialmente a pesquisa bibliográfica, sem pretensão de ser exaustiva, estudando-se os autores e obras mais representativos conforme indicações do professor orientador, além de outras obras específicas e notícias e artigos encontrados nos sítios especializados da internet.

⁴ BRASILIA. Presidência da República. **Exposição de Motivos nº 12/ C.Civil-PR**: Projeto de Lei PL 3337/2004. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil/pr/legislacao/2004/04/04_003337.htm

2 O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA SEPARAÇÃO DOS PODERES

Para se estudar a competência normativa das agências reguladoras brasileiras, autarquias especiais do Poder Executivo, torna-se indispensável um estudo prévio do poder regulamentar diante dos princípios e regras constitucionais, bem como sua hierarquia dentro da atividade normativa estatal, esta no sentido de poder estatal competente para produzir atos capazes de inovar na ordem jurídica, criando obrigações genéricas e abstratas dentre as quais a lei é a maior, mas não a única, expressão.

Os principais princípios constitucionais que norteiam a atividade normativa estatal são o da legalidade e o da separação dos poderes, instrumentos históricos de equilíbrio do poder e de proteção do cidadão, sendo indispensável no presente estudo, a verificação da compatibilidade destes princípios, interpretados conforme nossa Constituição, com o poder regulamentar destinado, por leis infraconstitucionais, às Agências Reguladoras.

2.1 A NOÇÃO DE ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

A noção de *Estado de Direito* se consolidou, na história, em oposição à teoria absolutista, com o intuito de impor limites à atividade estatal e ao poder arbitrário do Estado, por meio da lei. Entretanto, a consideração de igualdade entre os cidadãos apenas formal perante a lei, bem como a história de governos autoritários em Estados de Direito, demonstraram que seus princípios basilares não são suficientes para concretizarem as idéias de democracia e justiça. Nestas, estão implícitas as noções de garantias individuais e o respeito às minorias, o que torna necessário, não apenas limitar o poder do Estado como também o poder dos grupos sociais majoritários.

Leila CUÉLLAR, apoiando-se nos mestres Adilson Abreu DALLARI e José Afonso da SILVA, vincula o conceito de Estado Democrático de Direito à conjugação de uma série de atributos e princípios que destaca:

[...] o conceito de Estado Democrático de Direito não está vinculado apenas à noção de submissão à lei, mas conjuga uma série de atributos e princípios, dentre os quais podem ser destacados os seguintes: a) o Estado deve ser regido por uma lei suprema (princípio da constitucionalidade); b) a lei, como manifestação da vontade do povo, deve ser de observância obrigatória para toda e qualquer autoridade (princípio de legalidade); c) toda Constituição deve conter um sistema de direitos e garantias fundamentais; d) é essencial que exista um organismo independente competente para exercer a jurisdição; e) é necessária a garantia de participação popular no exercício do poder político (princípio democrático); f) princípio da justiça social; g) princípio da igualdade; h) princípio da divisão de poderes; i) princípio da segurança jurídica e de proteção da boa-fé.⁵

O Estado Democrático de Direito, acolhido no artigo 1º da Constituição brasileira, reúne os princípios do Estado de Direito e do Estado Democrático, este fundado no princípio da soberania popular, mas não em simples conjugação formal de seus elementos. Como bem ensina José Afonso da SILVA, o Estado Democrático de Direito “consiste na criação de um conceito novo, que leva em conta os conceitos dos elementos componentes, mas os supera na medida em que incorpora um componente revolucionário de transformação do *status quo*”. A democracia neste Estado previsto na Carta Magna há de ser um processo de convivência social numa sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I), com participação crescente do povo no processo decisório e “possibilidade de convivência de formas de organização e interesses diferentes da sociedade”.⁶

A melhor definição de Estado Democrático de Direito pode ser extraída da interpretação sistemática de nossa “Constituição Cidadã”,⁷ que exige todos os atributos de um Estado de Direito e da democracia, mas também exige do Estado uma ação transformadora e promotora de justiça social, sem ignorar as desigualdades existentes e respeitando os direitos das minorias, acompanhando a evolução histórica da noção de respeito à dignidade da pessoa humana e a necessidade da proteção do indivíduo pelo ordenamento jurídico.

⁵ CUÉLLAR, Leila. **As agências reguladoras e seu poder normativo**. São Paulo: Dialética, 2001, p. 21 e 22.

⁶ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 119 e 120.

⁷ Expressão do Deputado Ulysses Guimarães, presidente da Assembléia Constituinte de 1988.

2.2 O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES

Já desde Aristóteles se conhece a noção de separação dos poderes, concebida por John Locke, em 1690. A sistematização da teoria da separação dos poderes é atribuída a Charles de Montesquieu, que previa três poderes para o Estado: legislativo, executivo e judicial. O legislativo sendo responsável pela elaboração, modificação ou revogação das leis. O executivo responsável pelas coisas que dependem do direito das gentes. O judicial, com o poder de julgar os litígios entre os particulares e de punir os crimes. Para Celso Ribeiro BASTOS o importante da teoria de Montesquieu “não foi o de identificar estas três funções, pois elas já haviam sido abordadas por Aristóteles”, mas o de demonstrar que tal divisão possibilitaria um maior controle do poder estatal, com cada órgão exercendo suas competências e também o controle do outro.⁸

Leila CUÉLLAR entende que Montesquieu não utilizou a palavra “separação”, ou mesmo aludiu a uma divisão absoluta dos poderes, mas sim propôs uma distribuição equilibrada das funções estatais, através da colaboração entre os órgãos responsáveis, “no intuito de evitar a concentração do poder, seu abuso e garantir a manutenção da liberdade política. Entendendo que deveria existir uma ação contínua dos poderes, uma verdadeira colaboração, destaca igualmente a contenção do poder somente pelo poder (*le pouvoir arrête le pouvoir*)”.⁹

No Estado absoluto o Direito era a palavra do monarca e vigoravam várias ordens paralelas, gerando grande insegurança nas relações jurídicas. Conforme explica Clèmerson CLÈVE, “havia um código de juridicidade para os nobres, outro para o clero, outro para o terceiro estado, sem contar o fato de que as relações comerciais sofriam entraves decorrentes do sistema vigente de privilégios, monopólios, favores reais, e da inexistência de um sistema jurídico unificado”.¹⁰

Nesse período de insegurança jurídica e arbítrio estatal, com a classe

⁸ BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. 19. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 159.

⁹ CUÉLLAR, *op. cit.*, p. 24.

¹⁰ CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Atividade legislativa do poder executivo**. 2. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: RT, 2000, p. 27.

burguesa se tornando socialmente hegemônica, criam-se as pré-condições para a formação da base ideológica e política justificadora das revoluções burguesas, e a forma de tornar a classe hegemônica também politicamente dirigente é a reorganização do poder político submetido a um rigoroso código de juridicidade. É neste momento que se inicia a formação da teoria constitucional e, neste contexto, a teoria da separação dos poderes alcançará inusitada significação.¹¹

A noção de separação dos poderes foi, aos poucos, absorvida pelas várias legislações, a destacar entre as primeiras, a Constituição norte-americana (1787), a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789) e a Constituição francesa, de 1791. Em se tratando do ordenamento brasileiro, pode-se afirmar que todas as Constituições previram a divisão dos poderes estatais. A atual qualifica a separação dos poderes como princípio fundamental expressando no art. 2º que, "são poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário", e cláusula pétrea, dispondo no art. 60, §4º, III, a vedação expressa a qualquer proposta de emenda tendente a aboli-la.

A despeito da sua assimilação, a teoria sofreu críticas, como as de Jellineck, que afirmava que a divisão nos três poderes, e sua separação, não é nem logicamente aceitável nem praticamente realizável. Outros autores não criticavam a teoria, mas sua interpretação pela doutrina constitucional clássica, como Charles Eisemann, para quem, não há na obra de Montesquieu uma teoria da separação, mas sim, da divisão e da cooperação entre os poderes, além de não haver uma única função que tenha sido atribuída com exclusividade a um órgão ou autoridade. Um terceiro tipo de críticas, como de Karl Loewenstein, não era dirigido nem à teoria nem aos publicistas, mas contra a sua aplicação no universo político-jurídico moderno, ao afirmar que o princípio nem é essencial para o exercício do poder político, nem representa uma verdade evidente e válida para todo o tempo, pois, na sociedade de massas, não há separação de poderes evidente entre o Executivo e o Legislativo, uma vez que o governo lidera politicamente os dois poderes.¹²

¹¹ CLÈVE, *op. cit.*, p. 27-28.

¹² *Apud*: CLÈVE, *op. cit.*, p. 31 e ss.

Para CLÈVE, “as críticas formuladas contra a teoria do poder estatal dividido podem ser contornadas desde que se tome o cuidado de relativizá-la suficientemente, adaptando-a às mutações pelas quais tem passado o Estado moderno”.¹³

Neste sentido, José Afonso da SILVA ensina que, embora os poderes sejam distintos e autônomos, cada qual exercendo sua competência privativa, a divisão e a independência dos poderes são relativas, pois, além da colaboração mútua, há relacionamentos recíprocos e interferências entre eles, cada poder servindo de freio e contrapeso ao outro, buscando o equilíbrio necessário para a realização do bem da coletividade e para evitar-se o arbítrio. Segundo o mestre, são características da independência dos poderes:

(a) que a investidura e a permanência das pessoas num dos órgãos do governo não dependam da confiança nem da vontade dos outros; (b) que, no exercício das atribuições que lhe sejam próprias, não precisam os titulares consultar os outros nem necessitam de sua autorização; (c) que, na organização dos respectivos serviços, cada um é livre, observadas apenas as disposições constitucionais e legais.¹⁴

Conforme CUÉLLAR, os critérios básicos para se classificar as funções do Estado são: o material ou objetivo, considerando o conteúdo da atividade realizada para diferenciar os três poderes; a classificação orgânica ou subjetiva, que se apóia na distribuição das funções mencionadas, ou seja, considera qual órgão desempenha a atividade; e o critério formal, pelo qual os poderes são divididos de acordo com as formas que revestem os atos por eles realizados.¹⁵ Observa-se que a separação de poderes pode ser analisada por diversos enfoques, mas sempre como forma de controle do poder.

A distribuição das três principais funções estatais (legislativa, executiva e judiciária) entre órgãos estatais distintos e independentes, representa, para Eros Roberto GRAU, uma classificação fundada no critério orgânico, estabelecido a partir de quem exercita tais funções. Continua o mestre:

¹³ CLÈVE, *op. cit.*, p. 34.

¹⁴ SILVA, *op. cit.*, p. 114.

¹⁵ CUÉLLAR, *op. cit.*, p. 31.

Se, inobstante, pretendermos adotar um critério de classificação "material", ou seja, respeitante ao caráter das diversas modalidades de atos estatais existentes, teremos três outras *funções*: a *função normativa*, de produção de normas jurídicas ou textos normativos; a *função administrativa*, de produção de normas jurídicas ou textos normativos; a *função administrativa*, de execução das normas jurídicas e a *função jurisdicional*, da aplicação das normas jurídicas.¹⁶

O pressuposto fundamental da separação dos poderes é a necessidade de distribuição das funções estatais entre órgãos distintos, autônomos e harmônicos, com o objetivo de se evitar abusos de poder e o melhor desempenho do aparelho estatal na consecução de seus fins. Conforme CLÈVE, ainda que, desde a formulação de Montesquieu, a noção do "viver em sociedade", as necessidades do povo e o aparato de governo se transformaram, "se, neste ponto da história, o princípio rígido e dogmaticamente interpretado da separação de poderes não é funcional, cumpre lembrar que, como idéia racionalizadora do aparato estatal ou como técnica de organização do poder para a garantia das liberdades, não pode ser esquecido, nem se encontra superado". Atingir este objetivo de adaptar o princípio à realidade constitucional de nosso tempo, segundo CLÈVE é a missão atual dos juristas, e "nesse sentido, aceita-se aparelhar o Executivo, sim, para que possa, afinal, responder às crescentes demandas sociais. Mas cumpre, por outro lado, aprimorar os mecanismos de controle de sua ação, para o fim de torná-los (tais mecanismos) mais seguros e eficazes".¹⁷

Em linha de pensamento consentânea com a relativização, CUÉLLAR afirma que a teoria da separação dos poderes destina-se a permitir o exercício da Administração, Legislatura e Judicatura estatais, e não objetiva criar impasses que gerem conflitos, ao invés de solucioná-los.¹⁸

¹⁶ GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 175.

¹⁷ CLÈVE, *op. cit.*, p. 44.

¹⁸ CUÉLLAR, *op. cit.*, p. 34.

3 O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA LEGALIDADE

O princípio da legalidade em seu sentido atual somente adquire sentido num Estado Democrático de Direito, quando se funda também na legitimidade. Mesmo no Estado absolutista já existia a submissão à lei, com a diferença que esta era produzida pelo soberano, o qual se sujeitava apenas às leis divinas que o legitimavam e que eram por ele mesmo interpretadas. Também nos Estados totalitários, o princípio existe e é invocado. Não se pode negar que os Estados nazi-fascistas eram Estados de Direito e se submetiam ao princípio da legalidade, mas o processo de legislação era viciado e ilegítimo. Necessário, pois que o princípio seja atrelado à noção de democracia e justiça, exigindo a submissão de todos, incluindo o próprio Estado, às leis emanadas pela vontade soberana do povo e em total acordo com uma Constituição fundada no respeito aos Direitos Fundamentais. É nesse sentido, de um princípio da legalidade assente numa ordem jurídica de um Estado Democrático de Direito, que se pretende estudar a constitucionalidade da competência normativa das agências reguladoras.

Em nosso ordenamento, o princípio está expresso no art.5º, II, da Constituição Federal, segundo o qual "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude a lei". Mas, como alerta José Afonso da SILVA, "o texto não há de ser compreendido isoladamente, mas dentro do sistema constitucional vigente, mormente em função de regras de distribuição de competências entre os órgãos do poder, [...] de sorte que a idéia matriz está em que só o Poder Legislativo pode criar regras que contenham, originariamente, novidade modificativa da ordem jurídico-formal".¹⁹

A lei como limite do poder público também está expressa no art. 37, CF, e ordena que a Administração Pública deverá obedecer, entre outros, o princípio da legalidade, o que, segundo Celso Antônio Bandeira de MELLO, significa que "a função do ato administrativo só poderá ser a de agregar à lei nível de concreção; nunca lhe assistirá instaurar originariamente qualquer cerceio a direitos de terceiros". Segue o mestre, reportando-se ao poder regulamentar do Presidente da República

¹⁹ SILVA, *op. cit.*, p. 419.

expresso no art. 84, IV, CF, que, “mesmo os atos mais conspícuos do Chefe do Poder Executivo, isto é, os decretos, inclusive quando expedem regulamentos, só podem ser produzidos para ensejar execução fiel da lei”.²⁰

Para Bandeira de MELLO, o princípio pode sofrer “transitória constrição perante circunstâncias excepcionais mencionadas expressamente na Lei Maior. [...] É o caso tão-só das ‘medidas provisórias’ (previstas no art. 62 e parágrafo único), da decretação do ‘estado de defesa’ (regulado no art. 136) e do ‘estado de sítio’ (disciplinado nos arts. 137 a 139)”.²¹

Importante, ainda, no estudo do princípio da legalidade, as ponderações de Marçal JUSTEN FILHO sobre os limites da normatividade da Constituição. Para o autor, a partir de duas tendências que se contrapõem entre si, a primeira quando “afirma-se que uma constituição não contém disciplina exaustiva nem imutável”, e a segunda quando “defende-se a supremacia constitucional e a preservação das opções normativas sobre a força dos fatos e, inclusive, contra a vontade da maioria”, a solução deve ser buscada na ponderação dos interesses e valores e na identificação de uma solução de compromisso que propicie a realização parcial de cada uma das correntes contrapostas e, portanto, isto “significa reconhecer a impossibilidade da definição absoluta, autônoma, intrínseca e predeterminada da força normativa da Constituição”.²²

Para JUSTEN FILHO, não é possível ao Direito, através das palavras da lei, estabelecer seus próprios limites. “Como o Direito é produzido pela sociedade e se destina a disciplinar a vida social, sua força normativa depende da vivência individual, coletiva e universal de certos valores”, e a força normativa de uma constituição “se avalia em função de um complexo de variáveis – nas quais as palavras constantes da redação legislativa constitucional são relevantes, mas não são o fator determinante”. Entende o mestre que isso não significa que o princípio da supremacia da Constituição resulte abandonado, mas também não pode imaginar,

²⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 14.ed. ref., ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 86.

²¹ *Ibidem*, p. 88.

²² JUSTEN FILHO, **O direito das agências reguladoras independentes**. São Paulo: Dialética, 2002, p. 291.

“que a realidade social será modificada através da mera edição de regras constitucionais. A imposição de novos modelos de conduta, abstratamente descritos numa constituição, pode constituir-se em um dos fatores favoráveis à mudança da realidade – mas nunca produz essa mudança de modo automático”.²³

Luís Roberto BARROSO, por sua vez, ensina que, na normalidade da ordem constituída, há duas “possibilidades legítimas de mutação ou transição constitucional”, sendo uma através da reforma do texto pelo exercício do poder constituinte derivado, e a segunda através do recurso aos meios interpretativos, e que, na moderna doutrina prevalece uma “concepção objetiva da interpretação constitucional, pela qual se deve buscar, não a vontade do legislador histórico (*a mens legislatoris*), mas a vontade autônoma que emana da lei. O que é mais relevante não é a *occasio legis*, a conjuntura em que editada a norma, mas a *ratio legis*, o fundamento racional que a acompanha ao longo de toda a sua vigência”.²⁴

Depreende-se, pois, que o princípio da legalidade também sofre uma certa relativização no atual Direito Constitucional, que diferencia a lei quanto aos sentidos formal e material. Neste sentido, José Afonso da SILVA entende que, a doutrina por vezes não distingue os princípios da legalidade e o da “reserva de lei”, cuja relação “resolve-se com base no Direito Constitucional positivo, à vista do poder que a Constituição outorga ao Poder Legislativo. [...] O primeiro significa a submissão e o respeito à lei, ou a atuação dentro da esfera estabelecida pelo legislador. O segundo consiste em estatuir que a regulamentação de determinadas matérias há de fazer-se necessariamente por lei formal”. Mesmo nos casos de reserva de lei, o autor entende existir o que denomina “absoluta reserva constitucional de lei” e “relativa reserva constitucional de lei”, esta “quando a disciplina da matéria é em parte admissível a outra fonte diversa da lei, sob a condição de que esta indique as bases em que aquela deva produzir-se validamente”, o que ocorre quando a Constituição emprega fórmulas como “nos termos da lei”, “no prazo da lei”, “na forma da lei”, “com

²³ JUSTEN FILHO, *op. cit.* p. 291 e ss.

²⁴ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 145-146.

base na lei”, “nos limites da lei”, ou “segundo critérios da lei”.²⁵

Como bem explica Clèmerson CLÈVE, com o Estado Social, “o Executivo assume boa parte das novas atividades recentemente conquistadas pelo Estado”, e duas variáveis simultâneas manifestam-se: o número de leis aumenta consideravelmente, com a função legislativa atuando como jamais atuou, e por outro lado “o Estado age cada vez mais por meio de outros instrumentos jurídicos que não a lei”.²⁶ Continua o autor, constatando que, o Estado, hoje, não apenas arbitra os conflitos no meio da sociedade, mas a dirige, comandando a economia e impondo políticas, e neste passo, “as leis nem sempre podem ser permanentes. Haverão de atender às características conjunturais, sempre mutáveis da sociedade técnica”.²⁷

²⁵ SILVA, *op. cit.*, p. 421-422.

²⁶ CLÈVE, *op. cit.*, p. 51.

²⁷ *Ibidem*, p. 54.

4 AS AGÊNCIAS REGULADORAS BRASILEIRAS

4.1 ANTECEDENTES HISTÓRICOS

Ao se estudar um determinado instituto jurídico, a origem do mesmo é sempre importante para a análise das razões de sua adoção pelo ordenamento jurídico e suas conseqüências, mas, raramente se verifica unanimidade da doutrina. No concernente à regulação e, por conseguinte, às Agências Reguladoras, isto não se mostra diferente, mas as divergências doutrinárias são pequenas em relação à enorme influência do modelo norte-americano na criação das mesmas em nosso país.

Quanto à origem do instituto nos Estados Unidos, Paulo MOTTA ressalta as raízes dos entes reguladores na Inglaterra medieval, cuja tradição em tabelar os preços cobrados por alguns serviços foi levada aos Estados Unidos pelos emigrantes do Reino Unido, o que, “em termos jurídicos e institucionais, fez nascer, na América do Norte, o instituto jurídico da regulação”,²⁸ e destaca a criação das agências reguladoras como o “terceiro momento” da regulação das atividades de interesse público nos Estados Unidos, numa “uma ampla reforma administrativa” que se fez necessária com a grande crise econômica culminada em 1929. Para o autor, este é o momento do surgimento das agências como “entes criados especificamente para a finalidade regulatória”.²⁹

Afirmando que “as agências reguladoras surgiram no direito norte-americano, com a instituição da *Interstate Commerce Commission* (ICC), em 1887, tendo esse modelo servido de base para a criação de tais órgãos em outros países”,³⁰ Leila CUÉLLAR destaca em seu estudo os diversos tipos de agências administrativas naquele ordenamento e sua classificação conforme a natureza dos poderes que lhes são conferidos e a independência face ao poder executivo.

²⁸ MOTTA, Paulo Roberto Ferreira. **Agências Reguladoras**. Barueri, SP: Manole, 2003, p. 54 e ss.

²⁹ *Ibidem*, p. 63.

³⁰ CUÉLLAR, *op. cit.*, p. 66.

Para Marçal JUSTEN FILHO, “a tradição jurídica anglo-saxã sempre comportou a intervenção regulatória estatal”, e “essa tradição herdada do regime britânico deu origem, após a independência norte-americana, ao surgimento de órgãos administrativos que passaram a ser identificados como agências”,³¹ mas foram as manifestações de monopólio natural, no âmbito das ferrovias e outras infra-estruturas, nos EUA, que “geraram efeitos similares aos privilégios monárquicos do período anterior à independência, abominados pela população em geral”, que fizeram surgir demandas dos agentes econômicos mais fracos, e começou a difundir-se a idéia de que o governo tinha a responsabilidade de intervir.³²

Ainda segundo JUSTEN FILHO, as primeiras agências criadas para controlar o setor ferroviário norte-americano, o foram a nível estadual e se revelaram pouco eficazes no controle das poderosas empresas que atuavam a nível nacional, o que redundou na criação, em 1887, da primeira grande agência regulatória federal, a ICC. Esta, no entanto, somente foi dotada do nível de autonomia que veio a representar um novo modelo, em 1889, quando diante da eleição de um presidente republicano que trabalhara como advogado das grandes empresas de estrada de ferro, a maioria democrata do Congresso aprovou uma lei conferindo à ICC, uma autonomia jamais cogitada, inclusive com a proibição da demissão *ad nutum* dos membros da comissão.³³

No Brasil, ainda que, desde a época colonial, houvessem normas de regulação dispostas a partir das Ordenações, o governo só veio se preocupar com a elaboração de normas legais que regulamentassem atividades produtivas (mineração, agricultura e pesca) a partir de 1906. No ano seguinte, a pedido do governo, o jurista Alfredo Valladão elaborou o projeto do Código de Águas, que só veio a implementado quase três décadas depois, através do Decreto nº 24.643 de 10 de julho de 1934, já com características do governo autoritário e nacionalista do Estado Novo, mas revelando a influência do modelo regulatório norte-americano. O Código de Águas, que criava o Serviço de Águas do Departamento Nacional de

³¹ JUSTEN FILHO, *op. cit.*, p. 55.

³² *Ibidem*, p. 72 e ss.

³³ *Ibidem*, p. 76.

Produção Mineral (DNPM) como órgão competente para controlar o setor de energia hidrelétrica é visto como um divisor na história brasileira de regulação econômica por se mostrar a primeira ferramenta decisiva na nova forma de atuação do Estado no setor de produção de energia, até então dominado pelo capital estrangeiro.³⁴

Outros marcos históricos na regulação brasileira são a criação do Conselho Nacional do Petróleo – CNP, em 1953, com amplo poder normativo; do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, em 1962, com ativa competência sancionadora contra o denominado abuso de poder econômico; do Banco Central – BACEN, em 1964, com atribuição de, entre outras, controlar e fiscalizar as instituições financeiras; e da Comissão de Valores Mobiliários – CVM, em 1976, para regular as operações do mercado de valores.

Para Paulo MOTTA, fazendo referência ao Conselho Nacional de Águas e Energia Elétrica (posteriormente substituído pelo DNAEE) como a agência reguladora pioneira em nosso direito, entende que as demais autarquias citadas não o foram porque nunca exerceram papel regulador na área dos serviços públicos, mas sim poder de polícia nas atividades econômicas monopolizada pelo Estado ou fortemente reguladas por ele.³⁵ Entretanto, nem mesmo o antecessor do DNAEE pode ser considerado como agência, pela ausência de autonomia em relação ao ministério no qual se vinculava.

Alexandre ARAGÃO ensina que o Banco Central não é agência reguladora porque não possui independência; a CVM porque não tem autonomia funcional, estando sujeita a recursos para a Administração Direta; o CADE porque, apesar de ser um ente independente não é regulador; e os Conselhos profissionais por serem manifestação da auto-regulação e não da regulação em sentido estrito.³⁶

No mesmo sentido, Paulo MOTTA: "Na verdade, nenhuma destas autarquias exerceu papel regulador na área dos serviços públicos. São entidades que exercem,

³⁴ LIMA, José Luiz. **Políticas de Governo e Desenvolvimento do Setor de Energia Elétrica: do Código de Águas à Crise dos anos 80 (1934-1984)**. Rio de Janeiro: Memória da Eletricidade, 1995, p. 15 e ss.

³⁵ MOTTA, *op. cit.*, p. 15.

³⁶ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências Reguladoras e a evolução do Direito Administrativo Econômico**. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 312.

ou exerceram, poder de polícia nas atividades econômicas monopolizadas pelo Estado ou fortemente reguladas por ele".³⁷

Marçal JUSTEN FILHO também entende que as agências executivas, as entidades reguladoras e as demais autarquias especiais existentes antes da reforma administrativa de 1995 não se confundem em estrutura e finalidade com as modernas agências, "produto da inovação legislativa consciente e predeterminada, introduzidas contemporaneamente num mesmo período de tempo", refletindo "um projeto político amplo, orientado a substituir a atuação estatal em determinados segmentos por outros modelos de organização político-jurídica".³⁸

As agências reguladoras independente são, pois, implementadas no Brasil, a partir de 1995, todas elas criadas através de leis específicas como autarquias especiais, com peculiaridades no regime jurídico aplicável à entidade, propiciando uma margem de autonomia jurídica que não se encontra na maior parte das entidades autárquicas.³⁹

4.2 O ESTADO REGULADOR E AS AGÊNCIAS REGULADORAS

A partir das grandes guerras mundiais, os Estados aumentaram sensivelmente o nível de intervenção na economia, reduzindo a extensão da autonomia da vontade nos negócios privados. Reprimindo práticas comerciais contrárias ao princípio da livre concorrência, assumindo importantes atividades antes nas mãos dos particulares, participando do processo econômico, através das empresas estatais ou da execução das obras e serviços de infra-estrutura, ou mesmo implementando as políticas de fomento, "aparece o Estado Empresário, alterando profundamente o perfil do direito".⁴⁰

No Brasil, atuando inicialmente em área que não despertavam interesse aos

³⁷ MOTTA, *op. cit.*, p. 15.

³⁸ JUSTEN FILHO, *op. cit.*, p. 329 e ss.

³⁹ *Ibidem*, p. 343.

⁴⁰ CLÈVE, *op. cit.*, p. 38.

investidores particulares, o Estado acabou por se tornar o maior e mais importante ator econômico, com a proliferação de empresas estatais atuando, desde na produção de petróleo até na administração de pequenos hotéis de turismo. Sem que se adentre na discussão ideológica, não há como se negar que deste quadro resultou um grande desenvolvimento econômico e aumento da qualidade de vida da população.⁴¹

Este aumento da qualidade de vida, com conseqüências naturais como o aumento da longevidade média e do nível de educação da sociedade, aumentaram significativamente as necessidades de investimento do Estado. Como anota JUSTEN FILHO, “A multiplicação da população e a redução da eficiência das atividades desempenhadas diretamente pelo Estado contribuíram decisivamente para o fenômeno denominado ‘crise fiscal’. [...] A crise fiscal significou não apenas a suspensão de novos e ambiciosos projetos relacionados ao bem comum como também [...] não mais existiam recursos para manter as conquistas anteriores”.⁴²

A partir da Constituição de 1988, que obrigou o Estado a assumir um papel de transformador da sociedade promovendo mais justiça social, a crise se agrava ainda mais, e o governo começa a mudança de modelo de Estado.

O Programa Nacional de Desestatização foi criado pela Lei n. 8.031/90, pretendendo a reordenação da posição estratégica do Estado na economia, transferindo à iniciativa privada atividades exploradas pelo setor público, visando reduzir a dívida pública, concorrendo para o saneamento das finanças do setor público e a retomada de investimentos nas empresas privadas. Estas medidas pretendiam o incremento do parque industrial brasileiros visando maior competitividade, permitindo que a Administração pública concentrasse seus esforços em atividades fundamentais para a consecução das prioridades nacionais.

Os processos regulatórios diferenciam-se nos diversos países, embora, conforme Paulo Roberto Ferreira da MOTTA, “[...] na matéria de fundo, haja uma identificação, talvez inédita na história da humanidade, dos institutos jurídicos

⁴¹ A discussão seria sobre o impacto atual causado pela dívida externa gerada no período e o aumento da qualidade de vida decorrente do desenvolvimento obtido através desta.

⁴² JUSTEN FILHO, *op. cit.*, p.19.

(re)criados: alienação de bens públicos, concessões, contratação de prestadores de serviços, quebra de monopólios estatais e privados, liberalização legal de determinadas atividades antes vedadas aos particulares, ou seja, institutos jurídicos já existentes".⁴³

As manifestações do Estado Regulador se traduzem na assunção pelo Estado de grandes parcelas de poder de controle sobre as atividades privadas. A asserção aplica-se especialmente ao setor da prestação de serviços públicos, mas não deixa de incidir também sobre o segmento das atividades econômicas propriamente ditas. Na realidade, o relevante para o direito econômico é precisamente o controle estatal sobre o poder econômico. Como pondera Marçal JUSTEN FILHO, "[...] se o exercício da atividade empresarial e a titularidade dos bens econômicos gera núcleos de poder, a disciplina do Direito Econômico se orienta a impor um controle externo às relações privadas".⁴⁴

Para Paulo MOTTA, se a regulação, em uma perspectiva econômica, é uma forma de controle e prevenção das consequências negativas dos monopólios antes públicos, agora, possivelmente privados, "do ponto de vista jurídico, a regulação dos serviços públicos visa atender aos critérios universais de uniformidade, continuidade, regularidade, qualidade e tarifas módicas, sendo a finalidade essencial a harmonização entre o interesse público com os direitos particulares".⁴⁵

Em 1995, o Governo propõe a segunda fase do modelo de Estado Regulador, a partir de um Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado. Na apresentação, o Presidente da República afirma que "o Estado desviou-se de suas funções básicas para ampliar sua presença no setor produtivo, o que acarretou, além da gradual deterioração dos serviços públicos, a que recorre, em particular, a parcela menos favorecida da população, o agravamento da crise fiscal e, por consequência, da inflação".⁴⁶

⁴³ MOTTA, *op. cit.*, p. 48.

⁴⁴ JUSTEN FILHO, *op. cit.*, p. 29.

⁴⁵ MOTTA, *op. cit.*, p. 52.

⁴⁶ BRASILIA. Presidência da República. **Plano Diretor...**

Com a opção política pelo modelo de Estado Regulador, e resultado da implementação do Plano Diretor, as agências reguladoras são implementadas no Brasil, como instituições encarregadas de ordenar e controlar quase todas as atividades econômicas socialmente relevantes, em especial os serviços públicos entregues à iniciativa privada.

As Agências Reguladoras federais já criadas em nosso ordenamento são: a Agência Nacional de Energia Elétrica – **ANEL**, criada pela Lei nº 9.427 de 26/12/96, vinculada ao Ministério de Minas e Energia, que tem por finalidade regular e fiscalizar a produção, transmissão, distribuição e comercialização de energia elétrica em conformidade com as políticas e diretrizes do governo federal; a Agência Nacional de Telecomunicações - **ANATEL**, criada pela Lei nº 9.472 de 16/07/97, vinculada ao Ministério das Comunicações, como órgão regulador das telecomunicações; a Agência Nacional do Petróleo – **ANP**, criada pela Lei nº 9.478 de 06/08/97, vinculada ao Ministério de Minas e Energia, com a finalidade de promover a regulação, a contratação e a fiscalização das atividades econômicas integrantes da indústria do petróleo; a Agência Nacional de Vigilância Sanitária – **ANVISA**, criada pela Lei nº 9.782 de 26/01/99, vinculada ao Ministério da Saúde, com a finalidade de promover a proteção da saúde da população, por intermédio do controle sanitário da produção e da comercialização de produtos e serviços submetidos à vigilância sanitária, inclusive dos ambientes, dos processos, dos insumos e das tecnologias a eles relacionados, bem como o controle de portos, aeroportos e de fronteiras; a Agência Nacional de Saúde Suplementar – **ANS**, criada pela Lei nº 9.961 de 28/01/00, vinculada ao Ministério de Saúde como órgão de regulação, normatização, controle e fiscalização das atividades que garantem a assistência suplementar à saúde, regulando as operadoras setoriais, inclusive quanto às suas relações com prestadores e consumidores; a Agência Nacional de Águas – **ANA**, criada pela Lei nº 9.984 de 17/07/00, vinculada ao Ministério do Meio Ambiente, com a finalidade de implementar, em sua esfera de atribuição, a Política Nacional de Recursos Hídricos, integrando o Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos; a Agência Nacional de Transportes Terrestres – **ANTT** e a Agência Nacional de Transportes Aquaviários – **ANTAQ**, ambas criadas pela Lei nº 10.233 de 05/06/01 e vinculadas ao Ministério dos Transportes, tendo como objetivo

regular, em suas respectivas esferas e atribuições, as atividades de prestação de serviços e de exploração da infra-estrutura de transportes, exercidas por terceiros, a primeira no setor rodo-ferroviário e a segunda no setor aquaviário; e a Agência Nacional do Cinema – **ANCINE**,⁴⁷ criada pela Medida Provisória nº 2.228-1 em 06/09/01, vinculada ao Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior, como órgão de fomento, regulação e fiscalização da indústria cinematográfica e videofonográfica.

Da análise, ainda que superficial, das atividades econômicas abrangidas pelo controle das Agências criadas, verifica-se que todas apresentam elevado interesse público e afetam diretamente direitos fundamentais dos cidadãos. Ademais, em regra, são atividades que envolvem vultosos investimentos, e portanto exercidas por empresas com grande poder econômico e baixo nível de concorrência, o que torna exigente a regulação pelo Estado.

Na opinião de Marçal JUSTEN FILHO, "[...] a introdução das agências também permite novas soluções para promover a implementação do interesse público, em face das dificuldades enfrentadas na dinâmica dos poderes clássicos".⁴⁸

⁴⁷ A Medida Provisória nº 2.228-1 foi editada cinco dias antes da Emenda Constitucional nº 32, que disciplinou esta questionada ferramenta legislativa do executivo, e ainda não foi convertida em lei. No presente estudo não se enfrentou a possível inconstitucionalidade de se criar Agência Reguladora através de Medida Provisória, o que, no caso em tela parece clara, tendo em vista a flagrante ausência de urgência e relevância na criação de um órgão de regulação da indústria cinematográfica e videofonográfica.

⁴⁸ JUSTEN FILHO, *op. cit.*, p. 358.

5 A COMPETÊNCIA NORMATIVA DAS AGÊNCIAS

5.1 OS REGULAMENTOS ⁴⁹ COMO ATIVIDADE NORMATIVA SECUNDÁRIA

Como já estudado, na concepção clássica do princípio da legalidade, somente a lei formal, poderia gerar obrigações aos particulares. Com a evolução das sociedades e suas crescentes exigências, os Parlamentos não mais conseguiam legislar na velocidade das transformações sociais, abrindo espaço para o Executivo, já munido da força política determinada pelas eleições, ocupar os espaços abertos por aquele Poder, relativizando-se o rigor da legalidade estrita. Ao Executivo, então, os Parlamentos começam, gradativamente, conferir maior margem de liberdade para editar normas complementares à lei, destinadas a particularizar seu sentido.⁵⁰

Clèmerson CLÈVE destaca entre as modalidades de legislação pelo Poder Executivo no mundo contemporâneo: (i) a delegação com assento constitucional; (ii) a delegação anômala e, (iii) a atividade legislativa decorrente de atribuição constitucional. “A delegação com assento constitucional dá-se quando a Constituição confere ao ato normativo do Executivo natureza de ato legislativo”, *v.g.*, as leis delegadas, no Brasil disciplinadas no art. 68 da Constituição. “Por delegação anômala, entende-se aquela autorizada pelo parlamento, mas que implica produção, pelo Executivo, de ato normativo despido de força de lei e, portanto, dotado de mero caráter regulamentar”. “Há atividade legislativa decorrente de atribuição quando o constituinte confere diretamente ao Executivo poder para expedir ato normativo com ou sem força de lei”, *v.g.*, no Brasil, as Medidas Provisórias disciplinadas no art. 62 da Carta Magna.⁵¹

⁴⁹ No presente estudo é utilizado o conceito *lato* de Regulamento, isto é, englobando todos os atos normativos editados pelas autoridades integrantes da Administração Pública. Entende-se que, sob o prisma constitucional brasileiro, os verdadeiros Regulamentos são apenas os que a doutrina classifica no sentido estrito, pelo qual, Regulamento é “apenas o ato normativo secundário editado pelo Chefe do Executivo” (CLÈVE, *op. cit.* p. 271) nos termos do art. 84, parágrafo único, da Constituição Federal. Do Regulamento em sentido estrito, tratar-se-á apenas quando necessário abordar diferenciações pertinentes.

⁵⁰ BRUNA, Sérgio Varella. **Agências reguladoras**: poder normativo, consulta pública, revisão judicial. São Paulo: RT, 2003, p. 69 e ss.

⁵¹ CLÈVE, *op. cit.*, p. 126 e ss.

A importância do poder regulamentar, crescente em virtude do desenvolvimento técnico da sociedade moderna, é destacada por CLÈVE:

O número de matérias a exigir disciplina normativa cresce de modo assustador. Nas áreas de cunho absolutamente técnico (composição química dos alimentos, por exemplo) o legislador, inclusive por não dispor de formação adequada, vê-se compelido a transferir ao Executivo o encargo de completar a disciplina normativa básica contida em lei. Não se pode negar que o poder regulamentar, embora com os limites a ele inerentes, constitui necessário mecanismo pelo qual o Executivo contribui para a formação da ordem jurídica. Submetidos à lei, nem por isso os regulamentos deixam de constituir importante fonte do direito.⁵²

Os regulamentos, como resultado da atividade normativa secundária, não traduzem emanção da função legislativa, substanciando verdadeira atividade administrativa de caráter normativo. Os atos normativos primários são aqueles que se subordinam diretamente à norma constitucional e são dotados de aptidão para inovar validamente a ordem jurídica. São os atos legislativos elencados no art. 59 da Constituição Federal.⁵³

A fundamentação formal do poder regulamentar reside na Constituição ou na lei, enquanto que a justificação material se encontra na necessidade imposta por nosso tempo, quando setores como o tecnológico, são melhor regulados pela “plasticidade regulamentar”, devido ao seu processo de evolução extremamente rápido. “A própria governabilidade, aliás, depende cada vez mais da estreita colaboração entre os poderes Executivo e Legislativo e entre o regulamento e a lei”.⁵⁴

Segundo CLÈVE, os regulamentos inovam a ordem jurídica, mas de modo derivado, limitado e subordinado, sem a autonomia da lei. “A lei pode perfeitamente disciplinar a matéria legislada de modo suficiente, prescrevendo, inclusive, os detalhes de sua aplicação, ou deixar certa margem para que a Administração Pública atue por meio da atribuição regulamentar”. O limite material do regulamento,

⁵² CLÈVE, *op. cit.*, p. 140-141.

⁵³ *Ibidem*, p. 270.

⁵⁴ *Ibidem*, p. 274-275.

portanto, é a lei que inova originariamente sobre a matéria a ser regulamentada.⁵⁵

No mesmo sentido, JUSTEN FILHO afirma que “O conflito entre as regras legais e regulamentares se resolve pela prevalência das primeiras” e que a competência regulamentar do Executivo “é dependente e acessória da competência normativa do Legislativo”, não havendo campo normativo reservado para o regulamento pela Constituição, e que “a insatisfação do Legislativo com eventuais regulamentações adotadas pelo Executivo pode resolver-se pela edição de outra lei sobre a mesma matéria”, ou seja, a existência de um regulamento não exclui a competência normativa do Legislativo sobre a mesma matéria.⁵⁶

Nas relações entre o regulamento e a lei, Clèmerson CLÈVE apresenta os princípios reitores, dentre os quais, o primeiro é a preeminência da lei, já ressaltada. O segundo princípio é o da precedência da lei, pelo qual não é legítima a edição de regulamento sem a prévia existência de lei. Como terceiro princípio, o autor estabelece o da acessoriedade dos regulamentos em relação às leis, e, como quarto, o do congelamento da categoria, pelo qual o regulamento somente poderá sofrer alteração por lei ou por ato de hierarquia superior. O quinto princípio apresentado é o da identidade própria do regulamento, que afirma a hierarquia própria do mesmo, que não pode ser promovido, nem com previsão legal, em seu regime jurídico. Os demais princípios apresentados pelo autor se aplicam apenas aos denominados regulamentos próprios, aqueles de competência privativa do Chefe do Executivo conforme previsão constitucional.⁵⁷

Para que os regulamentos não firam as exigências de legalidade estabelecidas no texto constitucional, é mister que a lei, que atribui as competências normativas às autoridades administrativas, preestabeleça as diretrizes para o exercício de tais competências. Sabe-se que a outorga de poderes ilimitados não é compatível com o nosso sistema constitucional, de tal sorte que cabe à legislação prescrever a natureza e os limites dos poderes conferidos, bem como as finalidades a atingir, fixando parâmetros suficientes para viabilizar o controle jurídico dos

⁵⁵ CLÈVE, *op. cit.*, p. 280.

⁵⁶ JUSTEN FILHO, *op. cit.*, p. 505.

⁵⁷ CLÈVE, *op. cit.*, p. 289-290.

poderes atribuídos.

No tocante à questão do controle do poder regulamentar, Marçal JUSTEN FILHO aponta três manifestações dos instrumentos jurídicos para o desenvolvimento da atividade regulatória:

A primeira alternativa consiste na regulação de tipo *finalístico*. São produzidas regras com comandos específicos, que permitem um controle destinado a avaliar a compatibilidade dos eventos concretos com a determinação abstrata predeterminada. Em geral, essa solução envolve uma ponderação entre interesse público e interesses privados, com um certo cunho de substituição dos particulares por uma intervenção estatal. Essa solução vigora, com grande prevalência, no âmbito do Direito Administrativo.

A segunda hipótese se configura através da regulação de tipo *prudencial*. Não se verifica uma seleção apriorística do interesse a prevalecer, mas se remete à competência de uma autoridade a escolha em face da contraposição concreta dos diversos interesses. A regulação prudencial desenrola-se a partir da eleição de um certo valor ou princípio geral, cuja realização deve promover-se no caso concreto. Essa é a alternativa vigorante, em grande parte dos casos, no tocante ao direito contratual.

A terceira fórmula é a regulação de tipo *condicional*, em que não existe propriamente um valor de conteúdo material a ser realizado (regulação prudencial) nem a imposição de um interesse a prevalecer (regulação finalística). Estabelecem-se regras acerca das condutas a serem seguidas, reconhecendo-se que qualquer resultado produzido pode ser admissível – se e quando tiverem sido respeitadas as regras. Aqui se encontram, como exemplo, as regras acerca da transparência dos mercados, da vedação a práticas abusivas e assim por diante.⁵⁸

A doutrina brasileira não é pacífica em relação à possibilidade da existência dos regulamentos autônomos ou independentes no ordenamento pátrio.

Tratando dos regulamentos em sentido estrito, ou seja, os emanados da competência constitucional conferida ao Chefe do Poder Executivo, Hely Lopes MEIRELLES demonstra aceitar a existência de regulamentos autônomos, ao afirmar que a expedição destes encontraria limite na reserva da lei:

O poder regulamentar é a faculdade de que dispõem os chefes de Executivo (Presidente da República, Governadores e Prefeitos) de explicar a lei para sua correta execução, ou de expedir decretos autônomos sobre a matéria de sua competência ainda não disciplinada por lei. O essencial é que o executivo, ao expedir regulamento – autônomo ou de execução da lei -, não invada as chamadas "reservas da lei", ou seja, aquelas matérias só disciplináveis por lei, e tais são, em princípio, as que afetam as garantias e os direitos individuais assegurados pela Constituição (art. 5º).⁵⁹

⁵⁸ JUSTEN FILHO, *op. cit.*, p. 46.

⁵⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 111.

Conceituando regulamento como “ato administrativo, de caráter normativo, com a finalidade de especificar os mandamentos da lei ou prover situações por ela não disciplinadas, emitido por órgão ou agente no exercício de função não-legislativa”, ou seja, adotando o conceito em sentido *lato*, Sérgio FERRAZ opina favoravelmente à tese de que os regulamentos autônomos são admissíveis no direito brasileiro, afirmando que o regulamento é inerente à atividade administrativa estatal, sendo seu exercício essencial para que os objetivos do ordenamento sejam atingidos. Conclui o autor que “dúvida não resta quanto à maior significação, em nossos dias, do chamado regulamento autônomo ou independente, em face da tremenda complexidade, e a acelerada dinâmica dos fenômenos político-sociais de nossos dias”.⁶⁰

Em sentido contrário, José Afonso da SILVA discorda inclusive da doutrina que considera como autônomo o regulamento de organização, esclarecendo:

o sistema constitucional brasileiro não admite o chamado regulamento independente ou autônomo, fora o regulamento de organização que a doutrina, às vezes, também considera um tipo autônomo; agora, em face do inc. VI do art. 84, não pode ser considerado autônomo, porque se prevê que seja expedido ‘na forma da lei’; fica, pois, sujeito a uma reserva relativa de lei. [...] O regulamento autônomo, no sentido em que é admitido no Direito Constitucional e na doutrina estrangeiros, não encontra guarida na Constituição.⁶¹

Definindo os regulamentos autônomos como aqueles criados pelo Executivo em virtude de competência outorgada diretamente pelo texto constitucional, Clèmerson CLÈVE os diferencia dos regulamentos independentes, que seriam aqueles em que a lei se limita a indicar a autoridade que poderá ou deverá emanar o regulamento e a matéria sobre que versa. A diferença reside em que os regulamentos independentes, tais como existem no Direito português, não se satisfazem com o fundamento constitucional. De todo modo, o autor não admite a existência de qualquer deles no ordenamento brasileiro, entendendo que, mesmo os regulamentos de organização devem ser editados, conforme o texto constitucional, “na forma da lei”, e portanto não podem ser introduzidos independentemente da lei.⁶²

⁶⁰ *Apud: CUÉLLAR, op. cit.*, p. 120-121.

⁶¹ SILVA, *op. cit.*, p. 424-425.

⁶² CLÈVE, *op. cit.*, p. 294-295.

Para Eros GRAU, com o argumento de que, “se há matérias que só podem ser tratadas pela lei –, evidente que as excluídas podem ser tratadas em regulamento”, os regulamentos autônomos “são concebidos como emanações a partir de atribuição implícita do exercício de função normativa do Executivo, definida no texto constitucional ou decorrente de sua estrutura”.⁶³

Leila CUÉLLAR acredita que já se ultrapassou o momento histórico da discussão, entendendo que o poder regulamentar autônomo faz parte do cotidiano jurídico brasileiro, e que a doutrina deve tentar construir “um conjunto hermenêutico que busque, antes do que ‘legitimar’ a existência de regulamentos autônomos, desenvolver um leque de controle de tais atos administrativos”.⁶⁴

Em oposição, Marçal JUSTEN FILHO não admite a existência dos regulamentos autônomos na ordem constitucional brasileira, e rejeita parcialmente a formulação de CUÉLLAR, entendendo que, a proposta para que a discussão se desenvolva a propósito dos limites de seu controle “simplesmente legitima o regulamento autônomo”. O autor afirma que “antes de fiscalizar o conteúdo dos regulamentos autônomos, é necessário determinar a competência para sua emissão e os pressupostos para seu exercício”, e que, não se pode admitir “a substituição da heteronomia do Direito pela autonomia do intérprete ou pela força normativa dos fatos”.⁶⁵

O poder regulamentar sofre limitações que, segundo CUÉLLAR atingem inclusive os regulamentos autônomos. A primeira limitação apresentada é a subordinação hierárquica “à lei e à constituição – cujo conteúdo devem atender, formal e substancialmente”; a segunda é que, “embora a expedição de regulamento autônomo acarrete a criação de disposições normativas, elas não podem opor-se a qualquer lei (considerada em sentido amplo)”; outra limitação é que, “o regulamento autônomo não pode inovar de forma absoluta, *ab ovo*, na ordem jurídica, estabelecendo direitos, obrigações ou deveres novos às pessoas privadas, sem qualquer respaldo em lei”; a quarta limitação apresentada é a necessidade de uma

⁶³ *Apud*: CUÉLLAR, *op. cit.*, p. 122.

⁶⁴ CUÉLLAR, *op. cit.*, p. 123.

⁶⁵ JUSTEN FILHO, *op. cit.*, p. 502-503.

moldura legal, somente sendo possível aos regulamentos gerar deveres, direitos e obrigações, se previamente estabelecido seu contorno em lei (implícita ou explicitamente); seguem-se outras limitações que se aplicam a quaisquer outros instrumentos normativos secundários, como a reserva de lei absoluta, as vedações constitucionais, a irretroatividade, entre outras.⁶⁶

Na polêmica sobre os regulamentos autônomos, a razão aparenta assistir a JUSTEN FILHO, pois ao se estudar as limitações indicadas, verifica-se não restar espaço para um tipo de regulamento que pudesse se enquadrar em algum dos conceitos já formulados para regulamento autônomo. De qualquer modo, para os fins desta monografia, o que releva é a verificação das limitações apontadas para os regulamentos em face da competência normativa das Agências Reguladoras, o que se fará adiante.

5.2 OS LIMITES DA COMPETÊNCIA NORMATIVA DAS AGÊNCIAS

Os estudos realizados nos capítulos anteriores permitem aderir à doutrina que entende que os regulamentos emitidos por entes do Poder Executivo, além daqueles previstos expressamente na Constituição, não ferem os princípios constitucionais, desde que a lei, que atribui as competências normativas às autoridades administrativas, preestabeleça as diretrizes para o exercício de tais competências.

Para se avaliar a competência normativa diante do princípio da legalidade, importante a distinção entre lei material e lei formal. Neste ponto, importante a lição de CLÈVE:

“Se o ato normativo é genérico, não importa de onde provenha, será identificado como lei material. Se, ao contrário, o ato legislativo contiver preceitos concretos, será designado como lei meramente formal. A lei material, no caso, pode emanar tanto dos órgãos dotados de competência legislativa como da administração pública. Quanto à lei meramente formal, emana dos órgãos dotados de atribuição legiferante pela Constituição. Em face dessa concepção, uma lei poderá ser, a um tempo, formal e material (o preceito genérico com forma de lei). Mas poderá tratar-se de lei apenas formal (o preceito concreto com forma de

⁶⁶ CUÉLLAR, *op. cit.*, p. 124 e ss.

lei) ou material (o ato normativo sem forma de lei)".⁶⁷

Nesta mesma linha, José Afonso da SILVA, que como já visto, questiona a parte da doutrina que adota o princípio da legalidade como sinônimo de *reserva de lei*, defende que o poder normativo, atuando na moldura da lei, não fere o princípio da legalidade:

O art. 174 declara que o Estado exercerá sua atividade de agente normativo e regulador, na forma da lei. Não se quer, com isso, dizer que a intervenção, nesses termos, dependa sempre de lei em cada caso específico. De fato, não se exige lei em cada caso para estimular e apoiar a iniciativa privada na organização e exploração da atividade econômica, como também não é mediante lei que se limitam atividades econômicas. Essas intervenções todas se realizam mediante ato administrativo, embora não possam efetivar-se senão de acordo com previsão legal. [...] A repressão do abuso do poder econômico é uma das formas mais drásticas de intervenção no domínio econômico e, no entanto, não é feita mediante lei, mas por ato administrativo do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), embora sempre nos termos da lei (lei 8884/94), no que se atende ao princípio da legalidade.⁶⁸

Mesmo admitindo distinção entre função legislativa e função normativa, e entre princípio da legalidade e reserva de lei, Paulo MOTTA entende que o princípio da legalidade expresso no art. 37 da Constituição significa "legalidade administrativa" e, portanto, reserva de lei equivalente à legalidade penal e legalidade tributária. Desse modo, defende que "não estaríamos ainda em ponto seguro para afirmar que, ao atual sistema constitucional brasileiro positivo, as agências reguladoras encontram condições para normatizar condutas, ou inovar no direito", e argumenta:

Primeiro, porque conforme antes visto, as agências reguladoras são autarquias especiais, portanto submetidas ao disposto no artigo 37, *caput*, da Constituição Federal, onde aparece, sem discussão, a legalidade estrita, portanto a reserva da lei, e não a normativa. Do mesmo modo, é da competência exclusiva do Congresso Nacional, na forma do disposto no artigo 49, V, sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa. Assim, da combinação destes dois dispositivos citados, pode-se concluir que, mesmo admitida, em tese, a possibilidade de delegação da lei para que as agências reguladoras produzam norma, no caso de esta exorbitar aquela, os atos advindos podem ser sustados pelo Congresso Nacional. Denota-se, sem grande esforço, que a *delegação*, se admitida, não seria jamais absoluta ou não se teria a possibilidade de o Congresso sustar o ato.⁶⁹

Em uma posição aparentemente até mais conservadora na leitura

⁶⁷ CLÈVE, *op. cit.*, p. 74-75.

⁶⁸ SILVA, *op. cit.*, p. 784-785.

⁶⁹ MOTTA, *op. cit.*, p. 167

constitucional, Lúcia Valle FIGUEIREDO entende como legalidade estrita a expressão do art. 5º, II, CF, pelo qual “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”, pelo que nega a possibilidade de se interpretar com largo alcance o exercício de funções normativas por parte das agências reguladoras. Neste entendimento, a Administração está vinculada à legalidade estrita, pelo que a autora se diz obrigada “[...], destarte, a grande esforço de intelecção para o deslinde de quais sejam os limites do órgão regulador”. Ademais, sugere a mestre que o texto constitucional permite delegações do Legislativo ao Executivo, apenas “nos termos do artigo 68 da Constituição da República. Porém, há todo um regime jurídico a ser observado, que, certamente, não é a hipótese das agências reguladoras”.⁷⁰

Na mesma esteira segue a professora Maria Sylvia Zanella DI PIETRO, ao firmar posição no sentido de que a função normativa dos órgãos e entes da Administração Pública estaria adstrita, apenas e tão-somente, aos aspectos puramente técnicos, sendo que tudo o mais que desbordasse seria, para utilizar a linguagem consagrada pelo direito constitucional, reserva da Lei.⁷¹

Em posição oposta, Carlos Ari SUNDFELD defende que a função normativa das agências reguladoras deve ser encarada de uma maneira inovadora, em harmonia com os novos tempos de globalização econômica, argumentando:

Mais importante do que a hierarquização entre lei e Administração é, no modelo do direito administrativo, o dogma de que o ato administrativo é a aplicação de uma regra racional e não de um ato arbitrário, caprichoso. Para esse efeito, sequer importa que, de fato, a lei seja um tanto arbitrária ou que seus termos admitam uma aplicação arbitrária; o dogma da razão (isto é, da não-arbitrariedade) terá de, necessariamente, informar sua incidência, corrigindo-lhe as impurezas.

Isso explica por que a adoção de um amplo sistema de regulamentos autônomos ou o controle da produção legislativa pelo Executivo não eliminaram o Estado de Direito; ainda que a norma a aplicar (lei, regulamento, diretiva comunitária, não importa) não o favoreça ou induza, sua aplicação há de seguir um catálogo de mandamentos que excluirá o arbítrio.⁷²

A dificuldade em se defender a legalidade estrita para o poder regulamentar

⁷⁰ *Apud* MOTTA, *op. cit.*, p. 162.

⁷¹ *Apud*: MOTTA, p. 161-162.

⁷² *Apud* MOTTA, *op. cit.*, p. 162-163.

é bem explicada por Sérgio BRUNA:

Em primeiro lugar, pela impossibilidade de estabelecer limites materiais absolutamente precisos, delimitados pelo próprio Legislativo, para a atividade do Executivo no campo regulamentar. [...] Em segundo lugar, em razão da falsidade da concepção de que a atividade normativa da Administração seria passível de ser controlada, de forma eficiente, exclusivamente em função do caráter técnico dos assuntos cuja regulação fosse a ela confiada. Com efeito, para alguns, a Administração seria o único órgão dotado do conhecimento especializado necessário ao exercício das novas funções normativas.⁷³

Contudo, ninguém nega a necessidade de existirem limites materiais fixados pelo legislador e pela Constituição para o exercício das competências normativas. Como bem alerta BRUNA, "a insuficiência das teorias, para explicar adequadamente o fenômeno de que se cuida, não elimina, em absoluto, a necessidade de serem exercidos controles efetivos, de modo a assegurar, tanto quanto possível, o desempenho dessa espécie de poder normativo de forma orientada ao benefício da coletividade".⁷⁴

O mesmo autor entende, ainda, que a controvérsia somente pode ser decidida diante de fatos concretos, afirmando que, "[...] cabe ao Judiciário, sempre que for chamado a analisar a compatibilidade de normas assim editadas com a Constituição ou com a lei, interpretar as disposições legais que atribuam competências normativas a órgão do Executivo de forma sistemática, procurando identificar quais os princípios objetivamente consagrados pela ordem jurídica". Uma das maneiras de exercer esse controle, sugere o autor, é o estabelecimento de diretrizes materiais a serem observadas pelo agente normativo, na forma de princípios, conceitos jurídicos indeterminados, ou apenas da eleição de fins a serem atingidos.⁷⁵

Como já foi referido, a evolução social trouxe maior complexidade aos problemas administrativos do Estado, revelando a total inadequação do modelo tradicional de concepção rígida dos princípios da separação dos poderes estatais e da legalidade.

⁷³ BRUNA, *op. cit.*, p. 252.

⁷⁴ *Ibidem*, p. 255.

⁷⁵ BRUNA, *op. cit.*, p. 140-141.

A solução para esta polêmica doutrinária pode estar na lição de Clèmerson CLÈVE, quando se disserta sobre a *delegação anômala*, que é “aquela autorizada pelo parlamento, mas que implica a produção, pelo Executivo, de ato normativo despido de força de lei e, portanto, dotado de mero caráter regulamentar”, delegação essa que não se confunde com aquela de assento constitucional.⁷⁶

propostos que, por seu turno, sempre se vinculam aos ditames da lei.⁷⁹

Para Sérgio BRUNA, "muitas vezes há mais de uma norma passível de aplicação, assim como pode a autoridade, no intuito de obviar uma decisão definida na norma de competência que lhe pareça inaceitável, recorrer a técnicas como a interpretação dos fatos ou a utilização de presunções e ficções".⁸⁰

No entanto, não é a mera possibilidade de escolha entre diversas soluções, diante do mesmo caso concreto, que torna um ato discricionário. Para Karl ENGISCH, o que caracteriza a discricionariedade é o fato de que, diante dessa multiplicidade de escolhas possíveis, atribua-se ao aplicador do Direito o poder de orientar sua decisão por critérios próprios, desobrigando-o de ampará-la em critérios exteriores, tanto quanto possível, objetivamente retirados da ordem jurídica ou do ambiente social. Assim:

[...] o autêntico poder discricionário é atribuído pelo direito e pela lei quando a decisão última sobre o justo (correto, conveniente, apropriado) no caso concreto é confiada à responsabilidade de alguém, é deferida à concepção (em particular, à valoração) individual da personalidade chamada (eventualmente "articulando seu ponto de vista" com a deliberação tomada no seio de uma agremiação ou dum colégio) para decidir em concreto, e isto não apenas porque não é possível excluir um "resto" de insegurança, mesmo através de regras, por mais minuciosas que estas sejam, mas porque se considera ser melhor solução aquela em que, dentro de determinados limites, alguém olhado como pessoa consciente de sua responsabilidade, faça valer seu próprio ponto de vista.⁸¹

Ademais, a ausência de limites formais ao exercício de poderes não significa autonomia material nem equivale à consagração do arbítrio, pois existem os limites produzidos por processos sociais informais, ensina JUSTEN FILHO para quem, a concentração de poderes discricionários em estruturas organizadas com critérios de autonomia tem de ser acompanhada do desenvolvimento de instrumentos político-jurídicos de controle e limitação. Ressalva, porém, que, "Neste ponto, é necessário apontar-se uma relevante diferença cultural-institucional subjacente. Não existe, no Brasil, uma sistemática extrajurídica de controle de conduta dos governantes com

⁷⁹ SILVA, *op. cit.*, p. 427.

⁸⁰ BRUNA, *op. cit.*, p. 142.

⁸¹ ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Trad. J. Baptista Machado. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1996, p. 221.

características similares às existentes numa sociedade como a britânica".⁸²

A solução, para Sérgio BRUNA, é no sentido de que se possa assegurar que, na utilização de poderes discricionários, sejam excluídas as hipóteses de excesso ou de desvio de poder, e para tanto, a atribuição de competências normativas deve sempre vir acompanhada dos princípios, diretrizes e finalidades a serem observados no exercício de tais competências, de modo a permitir o respectivo controle.⁸³

Há que se reconhecer que a discussão doutrinária, ainda que divergente, é sempre salutar para a evolução do ordenamento de um Estado Democrático de Direito, mas não deve haver apego exacerbado a dogmas positivistas, em especial quando em jogo princípios constitucionais. Em se tratando das agências reguladoras, uma de suas principais atribuições é a de controlar a prestação de serviços públicos. Neste enfoque, a anotação de BACELLAR FILHO, de que, "a doutrina administrativa brasileira tem caminhado no sentido de reconhecer, no inciso IV, do artigo 175, da Lei Fundamental de 1988, o *direito fundamental ao serviço público adequado*, como direito a exigir do Estado-Administração prestações positivas, de fornecer 'utilidades ou comodidades materiais' consideradas necessárias, imprescindíveis para a pessoa e para a coletividade".⁸⁴

5.3 A LEGITIMAÇÃO DA COMPETÊNCIA NORMATIVA DAS AGÊNCIAS

A legitimação formal do poder normativo das Agências Reguladoras decorre das próprias leis que as criaram no exercício legítimo do Poder Legislativo, na forma de uma "delegação anômala" que, como já visto, não fere os princípios constitucionais.

A legitimação material da competência normativa das Agências se extrai da própria necessidade das Agências de cumprirem suas finalidades. Neste sentido,

⁸² JUSTEN FILHO, *op. cit.*, p. 584.

⁸³ BRUNA, *op. cit.*, p. 126.

⁸⁴ BACELLAR FILHO, *op. loc. cit.*

Leila CUÉLLAR salienta "que na própria noção de agência reguladora está implícita a idéia de poder regulador, exercido por meio de atribuição normativa. Logo, não teria sentido criar tais entes sem que eles pudessem editar normas referentes às diversas áreas sob suas respectivas competências",⁸⁵ justificando, adiante, que:

a ação disciplinadora dos entes reguladores tornar-se-ia inócua e restariam frustradas as razões de sua instituição, se tais órgãos se restringissem à prática de atos repressivos, por exemplo, sem poder elaborar normas de caráter geral, veiculatórias de sua política econômica. Tampouco seriam úteis na hipótese de configurarem mera 'reprodução', com denominação diversa, das tradicionais autarquias. Verifica-se, portanto, que as agências reguladoras precisam dispor de meios de atuação, de poderes compatíveis com as funções que lhes foram outorgadas.⁸⁶

Há que se considerar a preocupação de JUSTEN FILHO para que a legitimação das agências não seja pautada exclusivamente no princípio da eficiência: "A proposta de legitimação pela eficiência é uma versão atualizada de propostas políticas autoritárias, que tiveram grande prestígio há alguns decênios. Mesmo no Brasil, o grande argumento a favor da legitimação dos governos militares foi a produção do *milagre econômico*". O autor prossegue afirmando que a proposta de legitimação pela eficiência foi responsável por enormes tragédias políticas e por crimes irreparáveis e imperdoáveis contra a humanidade.⁸⁷

A eficiência, pois, deve ser buscada como obrigação constitucional, mas, como fator de legitimação das agências, deve ser acompanhada de instrumentos de controle que evitem o arbítrio destas, que, apesar de autônomas e independentes, não estão fora do sistema constitucional. Razão assiste a JUSTEN FILHO quando afirma que o modelo regulatório das agências "somente se configurará como instrumento de evolução civilizatória na medida em que for acompanhado de decisões políticas e sociais claramente democráticas, orientadas a instaurar um regime de efetivo controle do poder".⁸⁸

A necessidade de controle de todas as atividades que envolvam poder

⁸⁵ CUÉLLAR, *op. cit.*, p. 107.

⁸⁶ *Ibidem*, p. 129.

⁸⁷ JUSTEN FILHO, *op. cit.*, p. 380.

⁸⁸ JUSTEN FILHO, *op. cit.*, p. 593.

político é da própria essência do Estado Democrático de Direito. As formas iniciais de controle das Agências são destacadas por Leila CUÉLLAR como sendo o controle político, através da nomeação dos seus dirigentes pelo chefe do Poder Executivo e posterior aprovação pelo Senado, e o controle financeiro em sua modalidade externa, vez que a execução orçamentária das autarquias é submetida aos Tribunais de Contas.⁸⁹

Discorrendo sobre as formas de controle legislativo das Agências, Sérgio Varela BRUNA explica a sistemática que objetiva dar maior legitimidade à nomeação dos seus dirigentes:

Conquanto seja da competência exclusiva do Chefe do Executivo prover os cargos públicos federais, na forma da lei, faculta-se ao legislador exigir, para certas funções, prévia aprovação senatorial dos nomes indicados pelo Presidente para o provimento dos cargos. Desse modo, o Legislativo, embora não tenha poderes para indicar quem deva ocupar os cargos de direção das agências reguladoras, pode, através do Senado, controlar as nomeações realizadas pelo Presidente da República, vetando os nomes indicados, quando houver por bem fazê-lo. Uma vez aprovada a nomeação, porém, o Senado não conta com qualquer poder hierárquico para controlar as atividades do servidor nomeado, não podendo retirar-lhe a aprovação anteriormente concedida.⁹⁰

Ressalta, ainda BRUNA, como uma das mais importantes modalidades de controle legislativo, o poder que possui o Congresso Nacional de “sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites da delegação legislativa” e de “zelar pela preservação de sua competência legislativa em face da atribuição normativa dos outros poderes”.⁹¹

Marçal JUSTEN FILHO afirma que: "O controle terá de fazer-se não apenas sob o ângulo da fiscalização contemporânea ou posterior à atuação das agências. Devem ser estruturados sistemas que permitam aos diversos segmentos da sociedade acompanhar a regularidade da gestão e a satisfatoriedade da atuação das agências no cumprimento de seus fins". Para o autor, o resultado da atuação das Agências será tanto mais satisfatório “quanto maior for a institucionalização da participação dos representantes da sociedade civil”, e mesmo se admitindo que a

⁸⁹ CUÉLLAR, *op. cit.*, p. 102.

⁹⁰ BRUNA, *op. cit.*, p. 258.

⁹¹ *Ibidem*, p. 259.

natureza autárquica da agência exclua a participação de representantes indicados pela sociedade na sua gestão, “isso não exclui o cabimento – antes, a necessidade – de constituição de órgãos específicos, destinados a congregar os representantes dos diversos segmentos”.⁹²

A participação da sociedade no controle das Agências pode ser feita através das audiências públicas e das ouvidorias, estas já previstas nas leis de criação de algumas das agências, e proposta como regra geral para todas no projeto de lei em tramitação. Nas audiências públicas, os interessados são chamados a participar da discussão prévia das propostas de regulamentação, enquanto que cabe às Ouvidorias receber e analisar as reclamações e sugestões formuladas por agentes regulados e usuários ou consumidores, bem como propor medidas para atendê-las. Estes e outros mecanismos, como o contrato de gestão, que dá publicidade aos atos e resultados das agências, e a instituição de Conselhos Consultivos, órgão opinativo com participação de representantes dos usuários e empresas reguladas, são mecanismos que “almejam permitir uma participação efetiva da sociedade”.⁹³

Paulo Roberto Ferreira da MOTTA alerta, entretanto, que os dispositivos asseguradores do controle social, todos de direito material, são, no mais das vezes, insuficientes, enquanto não existirem no Brasil leis processuais (e aqui se refere expressamente à criação de um Código Processual de Defesa dos Usuários e Prestadores de Serviços Públicos) capazes de estabelecer ritos, prazos e recursos uniformes dentro dos procedimentos adotados pelas agências reguladoras.⁹⁴

A atuação do Ministério Público é outro importante e imprescindível mecanismo de controle, devido à sua legitimidade para propor ação civil pública. Para JUSTEN FILHO, “[...] independentemente da instauração do processo judicial, o Ministério Público dispõe de competência para instauração de inquérito civil público, no qual caberá a colheita de provas e informações atinentes ao

⁹² JUSTEN FILHO, *op. cit.*, p. 585-586.

⁹³ CUÉLLAR, *op. cit.*, p. 103-104.

⁹⁴ MOTTA, *op. cit.*, p. 135.

desempenho das funções próprias das agências reguladoras".⁹⁵

A autonomia e independência das agências reguladoras também não atingem o princípio da universalidade da jurisdição, o que significa que mesmo os atos normativos delas emanados estão sujeitos ao controle pelo Poder Judiciário. Os seus atos normativos, ainda quando aptos a produzir efeitos abstratos e gerais, continuam a se qualificar como atos administrativos, pelo que "tem-se entendido incabível o controle em abstrato da constitucionalidade de atos normativos de cunho não legislativo. [...] No entanto, admite-se o controle por outras vias".⁹⁶

Especial cautela é exigida na análise jurisdicional da competência regulatória das agências quando envolvem conhecimento técnico-científico específico. JUSTEN FILHO entende a impossibilidade de o Judiciário substituir-se à autoridade administrativa no tocante ao exercício de escolhas discricionárias, podendo, quando muito, apontar "a incorreção técnico-científica da decisão ou a impossibilidade de justificação de sua adoção em face do conhecimento especializado ou das premissas consagradas na própria atuação anterior da agência".⁹⁷

Analizando a legitimidade democrática das agências reguladoras independentes, Alexandre Santos de ARAGÃO entende que "um modelo multiorganizativo ou pluricêntrico de Administração Pública traz riscos à legitimidade democrática de sua atuação", e que para "evitar o déficit democrático destas instituições devemos ter sempre clara a sua vinculação às pautas estabelecidas pelo Legislador para as políticas públicas cuja implementação lhes é atribuída, assim como a necessária coordenação que devem possuir com o restante da Administração Pública, com o Poder Executivo central e com a rede composta do conjunto das demais instituições independentes".⁹⁸

Para Luís Roberto BARROSO, o surgimento de centros de poder como os das agências reguladora, com suas características de independência e autonomia,

⁹⁵ JUSTEN FILHO, *op. cit.*, p. 589.

⁹⁶ *Ibidem*, p. 590.

⁹⁷ *Ibidem*, p. 592.

⁹⁸ ARAGÃO, *op. cit.*, p. 219.

desperta, naturalmente, a discussão acerca da legitimidade política no desempenho de tais competências, e “este *déficit democrático* tem sido objeto de ampla reflexão pela doutrina”. Para autor, entretanto, a legitimidade democrática é alcançada com alguns aspectos que idealmente seriam capazes de neutralizar suas conseqüências, destacando:

o Legislativo conserva o poder de criar e extinguir agências, bem como de instituir as competências que desempenharão; o Executivo, por sua vez, exerce o poder de nomeação dos dirigentes, bem como o de traçar as políticas públicas para o setor específico; o Judiciário exerce controle sobre a razoabilidade e sobre a observância do devido processo legal, relativamente às decisões das agências. Ressalte-se que em tempos de liberdade de imprensa, de organização da sociedade e de existência de uma opinião pública esclarecida e atuante, sobreleva a importância do dever de motivação adequada, do dever de argumentativa e racionalmente demonstrar-se o acerto das ponderações de interesse e das escolhas realizadas.⁹⁹

Conclui o jurista que estas tensões institucionais entre Poderes e entidades são próprias das democracias em geral, e mais especialmente daquelas de consolidação mais recente, como é o caso do Brasil, mas que, as agências reguladoras “tornaram-se peças fundamentais no ambicioso projeto nacional de melhoria da qualidade dos serviços públicos e de sua universalização, integrando ao consumo, à cidadania e à vida civilizada enormes contingentes mantidos à margem do progresso material”, e “se este projeto fracassar, será um longo caminho de volta”.¹⁰⁰

5.4 O PROJETO DA NOVA LEI GERAL DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

A partir das sugestões apresentadas por um Grupo de Trabalho Interministerial, o Presidente da República enviou ao Congresso Nacional um Projeto de Lei estabelecendo um conjunto de regras para orientar a gestão e a atuação das atuais agências reguladoras e das que vierem a ser criadas. Ainda em tramitação, o PL n. 3.337/04 tem como principal inovação, segundo exposição de motivos do

⁹⁹ BARROSO, Luís Roberto. **Agências Reguladoras. Constituição, transformações do Estado e legitimidade democrática.** Disponível em <http://www.luisbarroso.com.br/doutrina/textos.asp?id=3205>.

¹⁰⁰ *Ibidem.*, loc. cit.

Ministro de Estado Chefe da Casa Civil, José Dirceu de Oliveira e SILVA, a ampliação de “mecanismos mais eficientes de controle social e prestação de contas”. Pelo projeto, “são instituídos, estendidos ou ampliados os mecanismos de controle, responsabilização e transparência como consulta pública, apresentação de relatórios anuais ao Ministério setorial e às duas Casas do Congresso Nacional, obrigatoriedade do contrato de gestão entre o Ministério e a Agência, e a criação de ouvidorias em todas as Agências Reguladoras”.¹⁰¹

Na mesma exposição de motivos é reconhecido que o modelo de Agências independentes “é essencial para o bom funcionamento da maior parte dos setores encarregados da provisão de serviços públicos, com reflexos positivos no resto da economia”, afirmando-se o papel das Agências “para que os consumidores obtenham serviços com qualidade, diversidade, quantidade e modicidade tarifária, mantendo a viabilidade econômica do negócio e o retorno do investimento”. Reconhece-se ainda a presença das Agências como “indispensável para a atração dos investimentos privados”.

Uma das alterações propostas é quanto ao poder de outorgar e conceder serviços públicos, que, pelo projeto, é retirado das agências, sendo entendido como política pública de competência de Governo. Pela alteração, “o projeto de lei busca estabelecer a fronteira entre formulação de política setorial e regulação econômica”.

As alterações mais significativas no concernente ao presente estudo são quanto à ampliação do controle social sobre as Agências, com a obrigatoriedade de Ouvidorias e exaustivo detalhamento das consultas públicas, no sentido de torná-las, efetivamente, instrumentos de participação e controle popular, além de prever a interação operacional entre as Agências e os órgãos de defesa da concorrência. Quanto às consultas públicas, prevê, inclusive, o direito às associações que incluam, entre suas finalidades, a proteção ao consumidor, à ordem econômica ou à livre concorrência, participação assegurada pela indicação de até três representantes com notória especialização na matéria objeto da consulta pública, para acompanhar o processo, cabendo à Agência Reguladora arcar com as despesas decorrentes.

¹⁰¹ BRASÍLIA, **Exposição de Motivos nº 12/ C.Civil-PR**: Projeto de Lei PL 3337/2004. Disponível em www.planalto.gov.br.

A obrigatoriedade do contrato de gestão, se, por um lado provoca discussão doutrinária quanto à sua natureza jurídica, por outro é defendido como mais um instrumento eficaz de controle, ao obrigar um elevado nível de transparência nas decisões regulatórias.

O projeto do Executivo mantém o atual sistema de mandatos escalonados dos dirigentes e a forma de não-coincidência desses com o do presidente da República. Mantiveram-se também as atuais condições para a demissão e substituição desses dirigentes, afastada a possibilidade de demissão unilateral. O texto apresentado uniformiza a duração dos mandatos em quatro anos, permitida uma única recondução, além da estabilidade dos presidentes ou diretores-gerais. Além disso, estabelece que somente poderão perder o mandato em caso de renúncia, condenação judicial transitada em julgado ou de processo administrativo disciplinar.

Para que seja garantida a prerrogativa de o presidente da República escolher os dirigentes das agências reguladoras, a proposição estabelece que os mandatos dos presidentes e diretores-gerais deverão encerrar-se a partir do 13º e até o 18º mês do mandato do presidente da República. Dessa forma, os primeiros mandatos poderão, em caráter excepcional, ter mandatos inferiores a quatro anos, permitindo-se a adequação deles ao princípio geral.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em um Estado Regulador, as Agências Reguladoras independentes se tornam ferramentas indispensáveis para a disciplina da prestação de serviços públicos nos moldes exigidos pela Constituição. Para cumprir com sua finalidade constitucional, faz-se indispensável sua autonomia e independência, diferenciando-se, pois do restante do aparelho estatal. Como bem conclui Marçal JUSTEN FILHO, a agência é uma forma de tornar o exercício das competências regulatórias estatais mais transparente e controlável pela sociedade, e para tanto, sua autonomia não pode ser apenas semântica.¹⁰²

Constatou-se a importância e a necessidade do poder regulamentar para disciplinar matérias que exigem elevado conhecimento técnico e a agilidade para responder aos anseios da sociedade, atributos que, em regra, o Poder Legislativo não possui na dimensão desejada. Em se tratando de regular e fiscalizar os serviços públicos e os setores econômico de grande concentração e elevado impacto na sociedade, mais necessários ainda os atributos que diferenciam o poder regulamentar, agora traduzido na competência normativa das agências reguladoras.

Depreendeu-se dos estudos que o poder regulamentar, em consonância com o princípio da legalidade, possui limites, não podendo atingir as matérias de reserva de lei, nem atuar fora das molduras legais existentes. O poder regulamentar representa, pois, uma atividade normativa secundária.

Verificou-se que a concepção de separação absoluta dos poderes sofreu várias atenuações com o decorrer do tempo. Hoje os poderes são chamados também a desempenhar atividades relativas a outro poder, tratando-se aqui das funções atípicas, ou seja, daquelas funções que não lhes são características ou exclusivas. O princípio da separação dos poderes expresso no art. 2º da Constituição não pode ser interpretado na concepção rígida da separação absoluta dos poderes no exercício das funções do Estado, entendida pela doutrina clássica sobre a teoria de Montesquieu.

¹⁰² JUSTEN FILHO, *op. cit.*, p. 593.

A Constituição exige uma interpretação que respeite seus fundamentos e proporcione a consecução dos objetivos fundamentais da república, e neste contexto, o princípio expresso ordena a independência dos poderes, não permitindo que qualquer deles tenha hierarquia sobre os outros, e que cada qual sirva de freio e contrapeso ao outro, com colaboração mútua e busca da realização do bem comum da sociedade.

Num verdadeiro Estado Democrático de Direito a Constituição deve ser interpretada, sistemática e teleologicamente, na busca da realização de seus fins de justiça e respeito à dignidade humana e, nesse contexto, a colisão entre princípios deve ser resolvida pela ponderação dos bens e valores tutelados.

Não se pode esquecer, também, do princípio da presunção de constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público, que desempenha uma função pragmática indispensável na manutenção da imperatividade das normas jurídicas e na harmonia do sistema, e pelo qual, não sendo evidente a inconstitucionalidade, deve o intérprete optar pela interpretação legitimadora.¹⁰³

Respeitando-se a eventual doutrina divergente, no estudo realizado não se verifica, na competência normativa conferida às Agências Reguladoras, nenhum evidente ferimento a qualquer dos princípios constitucionais, em especial ao princípio da separação de poderes e ao da legalidade, nem mesmo usurpação à competência exclusiva do Presidente da República no seu poder de expedir decretos e regulamentos. A competência normativa dessas autarquias especiais difere do poder regulamentar privativo do presidente da república, e não agride a legalidade, enquadrando-se como resultado de uma delegação anômala que exige para as normas que emite, a moldura de legislação pré-existente, ainda que na forma de princípios constitucionais. Também não ofende ao princípio da separação dos poderes, tanto pela participação do Executivo na escolha das autoridades que exercerão a prerrogativa dada pelo Legislativo, quanto pela obrigação de colaboração entre os Poderes que a hermenêutica constitucional exige.

Ademais, não se pode desconsiderar que a competência normativa se impõe

¹⁰³ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação ...**, p. 174 e ss.

como necessidade específica e intrínseca às próprias instituições para a consecução de finalidades constitucionais, e qualquer colisão que, no caso concreto, pudesse ocorrer em decorrência do uso da faculdade pelas agências, terá que se submeter à tutela jurisdicional que deverá ponderar os princípios envolvidos.

Os serviços públicos são direitos fundamentais do cidadão, e devem ser prestados pelo Estado com qualidade, universalidade e modicidade tarifária. Por outro lado, o Estado, quando convoca a iniciativa privada para auxiliá-lo neste mister, deve respeitar o princípio constitucional da livre iniciativa, que impõe a viabilidade econômica e o retorno do investimento dos agentes econômicos privados que operam por concessão, permissão, ou mesmo de modo complementar ao Estado. A ponderação dos princípios constitucionais envolvidos impõe, pois, a regulação como atividade essencial, tanto mais quando, notoriamente, as forças envolvidas são desiguais, desfavoravelmente aos usuários.

A escolha política, pelo Estado, do modelo de regulação através das Agências Reguladoras, dotadas de conhecimento técnico e agilidade, bem como desvinculadas, tanto quanto possível, da interferência das influências político-eleitorais, se apresenta como a mais correta para se atingir os ideais da Constituição.¹⁰⁴

A competência normativa das Agências Reguladoras se torna, pois, ferramenta indispensável para o cumprimento de suas atribuições, podendo-se concluir que, se seu fundamento formal reside nas leis que as criaram, seu fundamento material se deduz da própria Constituição, numa interpretação teleológica das obrigações do Estado de prestar serviços públicos (art. 175) e concretizar os objetivos fundamentais da República (art. 3º). Se o Poder Legislativo, em sua prerrogativa constitucional, não consegue acompanhar a velocidade das transformações sociais, a própria Constituição impõe que ele elabore as leis em moldura mais ampliada, determinando a outros entes estatais a incumbência de detalhá-las.

¹⁰⁴ Entende-se que, um colegiado de especialistas, com a independência que a lei lhes faculta e os controles institucionalizados, se torna, em tese, menos suscetível às pressões do poder econômico do que um Ministro de Estado, isoladamente.

Dos estudos realizados, também não se pode confundir a competência normativa das Agências com os regulamentos autônomos existentes em outros ordenamentos e proibidos em nossa Constituição: como visto, estes inovam o ordenamento com força legislativa, podendo, inclusive, derrogar matéria posta em lei, enquanto que no exercício da competência normativa, mesmo quando se inova, no caso concreto, em obrigações e sanções, não é permitido ultrapassar a moldura legal existente, ainda que esta moldura se encontre em regras e princípios constitucionais. Não há, pois, que se confunda amplitude normativa com autonomia legislativa.

A extensão da competência normativa, no que se refere à crítica existente de que as mesmas usurpam funções de Governo, este como Poder Executivo, ao normatizar a formulação de políticas públicas e outorgar e conceder serviços públicos, ainda que a doutrina predominante não veja inconstitucionalidade nisto, é matéria que somente será pacificada com os termos da nova lei que emanará do Congresso. Entretanto, há que se ressaltar que, ao Governo, sempre restam as ferramentas constitucionais de fazer prevalecer sua vontade política, seja através da proposição de leis, ou mesmo, quando cabível, diretamente das medidas provisórias com força de lei.

Quanto ao projeto de lei sobre as Agências, ora em tramitação, se não altera profundamente a substância da competência normativa das agências, aparenta uma sensível diminuição de independência das mesmas em relação aos fatores políticos, quando pretende devolver ao âmbito dos Ministérios, parte das atuais atribuições. Não se permitiu, neste estudo, analisar os fatores político-ideológicos envolvidos, sendo ainda pequena a doutrina a respeito.

A reflexão final em relação aos poderes normativos das Agências Reguladoras Brasileiras poderia ser sintetizada tal qual o professor Clèmerson Merlin Clève em relação ao poder Executivo diante do princípio da separação, quando concluiu o mestre que, "a missão atual dos juristas é a de adaptar a idéia de Montesquieu à realidade constitucional de nosso tempo. Nesse sentido, aceita-se aparelhar o Executivo, sim, para que possa, afinal, responder às crescentes e exigentes demandas sociais. Mas cumpre, por outro lado, aprimorar os mecanismos

de controle de sua ação, para o fim de torná-los (tais mecanismos) mais seguros e eficazes”.¹⁰⁵

Um desses mecanismos de controle que se torna necessário aprimorar é o da participação popular, através das audiências públicas e das ouvidorias, ainda instrumentos utilizados de maneira tímida, mas que tendem a propiciar melhores resultados na medida em que se dissemine entre os cidadãos esta idéia como elemento cultural e exercício de cidadania.

Não se pretendeu com este trabalho, esgotar o tema. Antes, isto representa apenas um início de pesquisa. Como primeiro trabalho científico de maior profundidade do estudante, sabe-se que os erros são inevitáveis, em especial quanto à delimitação do tema e à diversidade de fontes. Por vezes o estudante, e este não foi exceção, perde-se quanto à importância de um aspecto envolvido, cometendo o erro da falta ou do excesso, cuja constatação só se dá durante a redação final, e muitas vezes o tempo restante o torna irreparável.

Resta apontar a importância da monografia de final de curso, que inicia o graduando no estudo científico, tornando sua formação mais completa e proporcionando-lhe a possibilidade de aprofundamento na área jurídica que mais lhe interessar, com acompanhamento e orientação individualizada de grandes mestres da nossa Universidade.

¹⁰⁵ CLÈVE, *op. cit.*, p.44.

7 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências Reguladoras** e a evolução do Direito Administrativo Econômico. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **O poder normativo dos entes reguladores e a participação dos cidadãos nesta atividade. Serviços públicos e direitos fundamentais: Os desafios da regulação na experiência brasileira.** Mundo Jurídico. Disponível na Internet: <http://www.mundojuridico.adv.br>. Acesso em 29 de outubro de 2003.

BARROSO, Luís Roberto. **A Interpretação e Aplicação da Constituição.** 5. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. **Agências reguladoras.** Constituição, transformações do Estado e legitimidade democrática. Jus Navegandi, Disponível na Internet em <http://www.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=3209>. Acesso em 22 de julho de 2004.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional.** 19. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1998.

BRASÍLIA. Presidência da República. **Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado.** Disponível em <http://www.planalto.gov.br>, publicações (anteriores). Acesso em 29 de outubro de 2003.

_____. **Exposição de Motivos nº 12/ C.Civil-PR:** Projeto de Lei PL 3337/2004. Disponível em <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em 22 de julho de 2004.

BRUNA, Sérgio Varella. **Agências reguladoras: poder normativo, consulta pública, revisão judicial.** São Paulo: RT, 2003.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional.** 5. ed. Coimbra: Almedina, 1991.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Atividade legislativa do poder executivo.** 2. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: RT, 2000.

CUÉLLAR, Leila. **As agências reguladoras e seu poder normativo.** São Paulo: Dialética, 2001.

DALLARI, Adílson Abreu. Administração no Estado de Direito. **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo, n. 5, p. 33, 1994.

DANTAS, San Tiago. **Poder regulamentar das autarquias.** Rio de Janeiro: Forense, 1953.

ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico.** Trad. J. Baptista Machado. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1996.

GABARDO, Emerson. **Eficiência e Legitimidade do Estado**: uma análise das estruturas simbólicas do direito político. Barueri, SP: Manole, 2003.

GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003.

GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. São Paulo: Malheiros, 1996.

_____. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

JUSTEN FILHO, Marçal. **O direito das agências reguladoras independentes**. São Paulo: Dialética, 2002.

_____. Ampla defesa e conhecimento de arguições de inconstitucionalidade e ilegalidade no processo administrativo. **Revista Dialética de Direito Tributário**, São Paulo, n. 25, p. 70, 1997.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Trad. José Lamago. 2. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1983.

LIMA, José Luiz. **Políticas de Governo e Desenvolvimento do Setor de Energia Elétrica**: do Código de Águas à Crise dos anos 80 (1934-1984). Rio de Janeiro: Memória da Eletricidade, 1995.

LOCKE, John. **Dois tratados sobre o governo**. Trad. Julio Fischer. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 14.ed. ref., ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 2002.

MOTTA, Paulo Roberto Ferreira. **Agências reguladoras**. Barueri: Manole, 2003.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação da atividade econômica**: princípios e fundamentos jurídicos. São Paulo: Malheiros.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Desestatização**: privatização, concessões e terceirizações. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 1997.